

La natura aquiliana della responsabilità precontrattuale della P.A.: conseguente onere probatorio in capo al danneggiato e termine prescrizione quinquennale della relativa azione

di Maddalena De Rosa

Data di pubblicazione: 15-3-2025

Deve ritenersi che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sia da ricondurre nell'alveo di quella extracontrattuale.

E invero, gli obblighi di buona fede, protezione e informazione, che sorgerebbero, ex art. 1173 cod. civ., fra le parti, a seguito del c.d. "contatto sociale qualificato", non danno luogo a un'obbligazione in senso tecnico, ma costituiscono, piuttosto, espressione del generale principio del neminem laedere, la cui violazione genera un'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Publicato il 08/01/2025

N. 00120/2025REG.PROV.COLL.

N. 05521/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5521 del 2023, proposto da

I.I.C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Coscarella, Marco Petrone e Francesco Zaccone, con domicilio digitale di pec come inatti e domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Oslavia, n. 28;

contro

Comune di Santa Marinella, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Bernardi, con domicilio digitale di pec come in atti e domicilio eletto presso il suo studio, in Montalto di Castro, via Trento e Trieste, n. 15;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (Sezione Seconda) n. 04432/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Santa Marinella;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Petrone, Zaccone e Bernardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Santa Marinella ha indetto un project financing per la realizzazione della nuova sede comunale.

A conclusione dell'apposito procedimento, di cui agli artt. 152 e segg. del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163, espressamente condizionato all'erogazione di apposito finanziamento regionale, il comune ha adottato la determina dirigenziale 3/10/2007, n. 162, con cui ha aggiudicato la concessione alla IM.PA.LA. s.r.l., senza, tuttavia, mai stipulare la relativa convenzione.

Successivamente, il comune ha adottato la delibera consiliare 28/12/2009, n. 102, con la quale preso atto che, nel frattempo, era decaduto il finanziamento a suo tempo concesso dalla Regione Lazio per la realizzazione dell'opera, ha dichiarato la procedura di project financing chiusa per mancanza della necessaria copertura finanziaria.

Con atto di significazione, diffida e messa in mora, asseritamente notificato al comune in data 27/5/2014, la I.I.C. s.r.l., subentrata nel rapporto con l'amministrazione comunale, alla IM.PA.LA., giusta atto notarile di conferimento di ramo d'azienda, datato 17/12/2012, ha chiesto il pagamento dell'importo di € 4.367.367,20, oltre rivalutazione monetaria e interessi, a titolo di risarcimento dei danni subiti a causa del mancato perfezionamento della procedura di project financing di che trattasi.

Poiché la richiesta è rimasta senza riscontro, la I.I.C. ha citato in giudizio il comune davanti al Tribunale Civile di Civitavecchia, davanti al quale ha invocato la responsabilità precontrattuale dell'ente, derivante dalla violazione delle regole di buona fede e correttezza che quest'ultimo, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., avrebbe dovuto osservare al fine di garantire il buon esito della procedura di project financing.

Il Tribunale Civile, con sentenza 14/10/2016, n. 1097, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Con ricorso notificato in data 8/10/2018, il giudizio è stato, pertanto, riassunto davanti al T.A.R. Lazio – Roma, il quale con sentenza 13/3/2023, n. 4432, ha respinto il ricorso per intervenuta prescrizione.

Avverso la sentenza la I.I.C. ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l'amministrazione appellata.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 5/12/2024 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo di gravame si censura l'impugnata sentenza per aver dichiarato prescritto il diritto al risarcimento dei danni.

Secondo il giudice di prime cure, la richiesta risarcitoria sarebbe stata avanzata a titolo di responsabilità precontrattuale, la quale costituirebbe una forma di illecito aquiliano.

Da ciò discenderebbe l'applicabilità alla fattispecie del termine prescrizionale di cinque anni, ex art. 2947, comma 1, cod. civ. e la conseguente estinzione del diritto vantato per intervenuta prescrizione, tenuto conto che la pretesa sarebbe stata azionata per la prima volta nel 2016, con l'atto di citazione davanti al Tribunale Civile di Civitavecchia e che non sarebbe stata fornita la prova dell'atto interruttivo della prescrizione, asseritamente notificato al comune in data 27/5/2014.

Le conclusioni del Tribunale non sarebbero, però, condivisibili, in quanto le fattispecie di responsabilità precontrattuale, come quella in esame, sarebbero da ricondurre nell'alveo della c.d. responsabilità da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a generare obbligazioni, ex art. 1173 cod. civ., dal quale deriverebbero, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione di cui all'art. 2946 cod. civ.

In ogni caso, in data 27/5/2014, l'odierna appellante avrebbe notificato al comune un atto di messa in mora, avente a oggetto il pagamento dell'importo di € 4.367.367,20, oltre rivalutazione monetaria e interessi, a titolo di risarcimento dei danni conseguenti alla colpevole chiusura della procedura di project financing di cui si tratta.

Tale atto non sarebbe stato depositato in giudizio a causa del suo smarrimento, ma sarebbe stato onere del comune produrlo, in uno con la documentazione afferente al procedimento, ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a.

Il Tribunale avrebbe, quindi, erroneamente omissso di ordinarne l'acquisizione ai sensi dell'art. 63 c.p.a.

La doglianza così riassunta non merita accoglimento sotto alcuno dei due profili in cui si articola.

Quanto alla natura della responsabilità precontrattuale in cui incorrere la pubblica amministrazione per la mancata stipula del contratto in favore del concorrente aggiudicatario di un procedimento a evidenza pubblica, l'appellante sostiene che essa sia da inquadrare nell'ambito di quella da c.d. "contatto sociale qualificato" e, quindi, in un genere di responsabilità di tipo contrattuale (o da inadempimento).

Secondo tale tesi, a seguito della partecipazione al procedimento amministrativo si creerebbe un "contatto sociale qualificato" fra privato e amministrazione che, in quanto tale, darebbe origine ad un reciproco affidamento delle parti, tale da giustificare l'insorgere dell'obbligo di buona fede e dei correlativi obblighi di informazione e protezione, positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 del cod. civ.

Verrebbe, per tale via, a esistenza un rapporto obbligatorio connotato non da obblighi di prestazione, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, pur in assenza di un atto negoziale, a una responsabilità di tipo contrattuale, in virtù di quanto previsto dall'art. 1173 cod. civ., secondo cui le obbligazioni derivano, oltre che da contratto e da fatto illecito, "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Tale tesi, seppur supportata sia da autorevole dottrina, sia da precedenti giurisprudenziali (per tutte Cass. Civ., SS.UU., 15/1/2021, n. 615; Sez. I, 12/7/2016, n. 14188), non convince.

Sulla scia di altro orientamento dottrinale e della prevalente giurisprudenza amministrativa, deve, infatti, ritenersi che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, sia da ricondurre nell'alveo di quella extracontrattuale.

E invero, gli obblighi di buona fede, protezione e informazione, che sorgerebbero, ex art. 1173 cod. civ., fra le parti, a seguito del c.d. "contatto sociale qualificato", non danno luogo a un'obbligazione in senso tecnico, ma costituiscono, piuttosto, espressione del generale principio del *neminem laedere*, la cui violazione genera un'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. (ex plurimis, Cons. Stato, A.P., 29/11/2021, n. 21; nonché Sez. V, 23/9/2024, n. 7717; 28/11/2023, n. 10221; 27/10/2023, n. 9298; 12/9/2023, n. 8294 e 6/3/2023, n. 2300; in termini anche Cass. Civ., Sez. III, 25/9/2023, n. 27262 e Sez. II, 3/10/2019, n. 24738).

Risulta, infatti, particolarmente difficoltoso, come affermano taluni autori, configurare come prestazione in senso tecnico — intesa come programma che il debitore è tenuto a realizzare in

favore del creditore — il comportamento conforme ai canoni di correttezza e buona fede, che egli deve mantenere.

Correttamente, dunque, il Tribunale ha inquadrato la responsabilità precontrattuale invocata in giudizio, nell'ambito di quella extracontrattuale e, traendone, poi, le relative conseguenze, ha ritenuto applicabile il termine prescrizione di cinque anni, ai sensi dell'art. 2947, comma 1, cod. civ. e, quindi, prescritto il diritto al risarcimento del danno azionato dall'odierna appellante.

Ugualmente non condivisibile risulta l'ulteriore profilo di censura concernente l'asserita violazione, da parte dell'amministrazione comunale, del disposto di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., secondo cui: "L'amministrazione, nel termine di cui al comma 1 (quello per la costituzione in giudizio), deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio".

Il dovere di produrre in giudizio il provvedimento impugnato con i relativi atti presupposti, che la trascritta norma pone a carico della pubblica amministrazione, con il conseguente potere del giudice di disporre, d'ufficio, l'acquisizione agli atti (ex art. 64, comma 3, c.p.a.), riguarda i soli giudizi di natura impugnatoria, nei quali la parte privata si trova in una posizione di sostanziale inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione nell'accedere alla documentazione rilevante.

Laddove, invece, la controversia abbia a oggetto, come nella fattispecie, diritti soggettivi, vale la regola generale dell'onere della prova fissata dall'art. 2697 cod. civ., per cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; in mancanza, la domanda non può che essere respinta (Cons. Stato, Sez. V, 11/10/2024, n. 8179; Sez. IV, 3/1/2023, n. 99; 22/8/2018, n. 5030; Sez. III, 27/11/2014, n. 5870; Sez. II 24/10/2022, n. 9053).

Con particolare riguardo all'eccezione di prescrizione si è ritenuto che l'onere della prova del fatto interruttivo sia in capo al creditore (cfr. Cons. Stato, A.P. 27/6/1996, n. 10; Sez. III, 7/8/2023, n. 7587; Cass. Civ., Sez. III, 26/2/2021, n. 5413).

Nel caso di specie, l'appellante ha ommesso di produrre in giudizio l'atto con cui, a suo dire, sarebbe stata interrotta la prescrizione, né l'invocata circostanza del suo smarrimento poteva sollevarla dall'onere probatorio sulla medesima gravante.

Ne discende che il giudice di prime cure ha esattamente ritenuto non provata l'invocata interruzione del termine prescrizione.

La reiezione del motivo sin qui esaminato non consente la delibazione delle censure di primo grado non affrontate dal Tribunale e qui riproposte, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

L'appello va, pertanto, respinto.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore della parte appellata, liquidandole, forfettariamente, in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in commento non presenta particolari profili di novità, ma consente di fare il punto sulla controversa **natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione** e sull'**onere probatorio posto in capo al danneggiato, che domanda il risarcimento per violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1173 c.c., 1337 e 1338 c.c.**

Volendo sinteticamente ripercorrere la tematica della responsabilità precontrattuale della P.A., può affermarsi che non si è mai dubitato dell'obbligo della P.A. di comportarsi secondo i canoni di buona fede e correttezza nelle trattative precontrattuali, quando agisce *jure privatorum*. Diversamente, quando la P.A. agisce in veste prettamente pubblicistica, nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, laddove le trattative contrattuali sono precedute da una fase ad evidenza pubblica, il riconoscimento della responsabilità precontrattuale della P.A. è stato per lungo tempo determinato dalla separazione in due fasi della procedura contrattuale: la prima, che va dalla determina a contrarre sino all'aggiudicazione della gara, caratterizzata da profili prettamente pubblicistici e la seconda fase, che va dalla stipula del contratto e per tutta la durata dell'esecuzione, di natura spiccatamente privatistica.

Con tali premesse, quindi, per quanto la giurisprudenza si sia sempre mostrata propensa al **riconoscimento di obblighi di correttezza e buona fede anche nella fase pubblicistica**, pur tuttavia la responsabilità precontrattuale era per lo più individuata nella fase che andava dall'aggiudicazione alla stipula del contratto, essendo quella nella quale l'aggiudicatario maturava il diritto alla conclusione del contratto.

Con l'introduzione dell'**art. 1-bis della l. n. 241/90**, i **principi di correttezza, buona fede e leale collaborazione**, devono permeare l'intera attività amministrativa, in ossequio ai **principi costituzionali di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 Cost.**

Non si dubita più - quindi - che la Pubblica Amministrazione debba comportarsi secondo buona fede e correttezza, sia quando agisce in veste pubblicistica sia quando agisce *iure privatorum*.

La **natura della responsabilità precontrattuale**, se contrattuale da contatto sociale o aquiliana, della Pubblica Amministrazione, è stata da sempre oggetto di contrasto, tuttora irrisolto, tra le SS.UU. della Cassazione e il Consiglio di Stato, anche in Adunanza Plenaria.

Del resto, l'adesione all'una o all'altra soluzione non è priva di **risvolti pratici**, soprattutto in tema di **onere probatorio a carico del danneggiato**.

Aderendo, infatti, alla **teoria della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale della P.A.**, in applicazione dei principi sanciti dalla **storica sentenza a Sezioni Unite n. 13533/2001**, il **danneggiato avrà soltanto l'onere di allegare il rapporto contrattuale, l'inadempimento e il danno conseguente all'inadempimento**, mentre il **contraente inadempiente dovrà provare l'adempimento puntuale della prestazione ovvero che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile**.

Diversamente, laddove si qualifichi la responsabilità precontrattuale come avente **natura extracontrattuale**, il **danneggiato dovrà affrontare il gravoso onere probatorio di cui all'art. 2043 c.c.**

Muta, inoltre, il **termine prescrizione dell'azione**, che, in caso di responsabilità contrattuale è **decennale**, mentre è **quinquennale** in caso di responsabilità extracontrattuale.

La **natura contrattuale della responsabilità precontrattuale della P.A.** è stata sostenuta, in diverse pronunce delle **SS.UU. della Cassazione**, a partire dalle coeve **ordinanze nn. 6594,6595 e 6596 del 2011**, fino alla **nota sentenza n. 8236/2020**, che individuava la responsabilità della P.A., configurandola come contrattuale **da contatto sociale**, nel comportamento ondivago dell'Ente, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, a fronte di una istanza di rilascio di un provvedimento ampliativo da parte di un privato, poi rigettata.

Ancor più recentemente, le **SS.UU. n 1567/2023** hanno statuito, in continuità con il consolidato orientamento della Corte, che: "*In tema di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto dal privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a causa di una*

condotta della p.a. asseritamente difforme dai canoni di correttezza e buona fede, la controversia spetta alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, in considerazione della sua attinenza ad una responsabilità di tipo contrattuale, inquadrabile nello schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., e ciò sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione, sia nel caso in cui il danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato".

Di contro, **l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, già con la sentenza n. 5 del 4 maggio del 2018**, pur non prendendo espressamente posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale della P.A., la qualificava come **responsabilità da comportamento scorretto**, enucleandone i presupposti per la sua configurazione. **Precisava, infatti, che il privato, che si riteneva leso dal comportamento scorretto della P.A., era tenuto a provare: a) che l'affidamento incolpevole fosse leso da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza fosse anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provasse sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (e cioè le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia il nesso eziologico tra il danno e il comportamento scorretto che si imputa all'amministrazione.**

Era, quindi, palese il richiamo ai principi, in tema di onere probatorio del danneggiato, dell'art. 2043 c.c.

Più recentemente, **l'Adunanza plenaria del 23 aprile 2021, n. 7** ha esplicitato la **natura di illecito aquiliano della responsabilità della P.A.** e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale.

Tale inquadramento è stato - poi - accolto dal Legislatore, nel **nuovo Codice dei contratti pubblici**, il quale all'**art. 5**, nel sancire i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, sembra rifarsi ai principi consolidati della Plenaria del 2018.

La sentenza in commento, pertanto, conferma l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa sulla natura aquiliana della responsabilità precontrattuale della P.A., sul conseguente onere probatorio in capo al danneggiato e sul termine prescrizione quinquennale della relativa azione.